

Beitrag aus dem Asylmagazin 9/2018, S.294–304

Federico Trainè

## Nichtdeutsche unter Generalverdacht

### Probleme der Neuregelungen zu »missbräuchlichen« Vaterschaftsanerkennungen

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., September 2018. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung des Autors sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

#### Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das ASYLMAGAZIN erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst. Der Abonnement-Preis beträgt 62 € für regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

[www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/](http://www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/)

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration.



In Kooperation mit



## Nichtdeutsche unter Generalverdacht

### Probleme der Neuregelungen zu »missbräuchlichen« Vaterschaftsanerkennungen

#### Inhalt

- I. Einleitung
- II. Entstehungsgeschichte vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG
- III. Präventive Prüfung der Vaterschaftsanerkennung
  1. Aussetzung des Beurkundungsverfahrens
  2. Prüfung der Vaterschaftsanerkennung
  3. Aufenthaltsrechtlicher Status und Rechtsschutz
  4. Verfahrensrechtliche Probleme
- IV. Keine Versagung des Aufenthaltsrechts nach erfolgter Vaterschaftsanerkennung
  1. Wortlaut des § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG
  2. Regelungsziel des Gesetzgebers
  3. Spezialgesetzliche Regelungen
  4. Entgegenstehendes Unionsrecht
- V. Fazit

#### I. Einleitung

Mit dem am 29. Juli 2017 in Kraft getretenen »Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht«<sup>1</sup> wurde das in diesem Beitrag zu beleuchtende »Verbot missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen« mit § 1597a BGB eingeführt und ein eigenes Verfahren mit § 85a AufenthG geschaffen. In inzwischen leider gewohnter Manier bei Änderungen im Asyl- und Aufenthaltsrecht ging dem ein gesetzgeberisches Schnellverfahren voraus, in dem Fachleute keine Gelegenheit hatten, ihren Sachverstand einzubringen. Erst nach Sachverständigenanhörung wurden die Vorschriften zur Einschränkung der Vaterschaftsanerkennung beschlossen. Diese waren vorher in keinem der Entwürfe aufgetaucht und konnten dementsprechend nicht kommentiert werden.<sup>2</sup> Ergebnis dieses Schnellverfahrens ist ein Gesetz, das Regelungslücken und Unklar-

heiten aufweist, auf typisierende Umstände abstellt und weiterhin unnötig weit gefasste Tatbestände aufweist, die keine treffsicheren Abgrenzungskriterien bieten.

Im Asylmagazin wurden bereits kurz nach der Gesetzesänderung die Einschränkungen bei der Vaterschaftsanerkennung im Hinblick auf die Beratungspraxis besprochen.<sup>3</sup> In diesem Beitrag soll nunmehr auf Einzelheiten der Neuregelungen eingegangen werden und es sollen Probleme erörtert werden, die sich durch die übereifrige behördliche Umsetzung der zu eilig geschaffenen und rechtlich bedenklichen Normen ergeben. Zunächst wird die Entstehung der Neuregelungen vor dem Hintergrund einer Bundesverfassungsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 2013 dargestellt, durch die die seinerzeit geltende Regelung der Vaterschaftsanfechtung gekippt worden war (II.). Sodann werden die Änderungen im Beurkundungsverfahren und die Auswirkungen auf das sich gegebenenfalls anschließende Aussetzungsverfahren vor der Ausländerbehörde (III.) beleuchtet sowie neuere Bestrebungen, »Missbrauchs«-Prüfungen bei bereits durchgeführten Vaterschaftsanerkennungen vorzunehmen (IV.).

#### II. Entstehungsgeschichte vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG

Dem Gesetzgeber waren jene Vaterschaftsanerkennungen, bei denen vermutet wird, dass sie nur dem Zweck dienen, dem Anerkennenden oder der Kindesmutter und dem Kind ein Aufenthaltsrecht zu verschaffen, stets ein Dorn im Auge. Bereits im Jahre 2008 räumte er den Ausländerbehörden ein nachträgliches Vaterschaftsanfechtungsrecht ein. Das behördliche Anfechtungsrecht wurde im § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB normiert, zuständig war die Familiengerichtsbarkeit. Dieses Vorgehen wurde im Jahr 2013 durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) beendet, welches die Norm für verfassungswidrig erklärte.<sup>4</sup>

Das BVerfG begründete die Verfassungswidrigkeit des § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB im Wesentlichen damit, dass die Regelung als absolut verbotene Entziehung der Staats-

\* Federico Traine ist Rechtsanwalt in Berlin mit den Tätigkeitsschwerpunkten Aufenthalts-, Freizügigkeits-, Asyl- sowie Staatsangehörigkeitsrecht. E-Mail: anwalt@traine.de.

<sup>1</sup> BGBl. I vom 28.7.2017, S. 2780; für einen Überblick der Neuregelungen siehe Michael Kalkmann und Johanna Mantel, Das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, Asylmagazin 9/2017, S. 341–345.

<sup>2</sup> Kritisch hierzu: Stern, § 1597a BGB – Probleme und Erforderlichkeit, NZFam 2017, 740, 741 (der ausdrücklich die fehlende Beteiligung von Fachverbänden im Gesetzgebungsverfahren sowie die Eilbedürftigkeit der Einführung des § 1597a BGB kritisiert); Knittel, Nochmals: Anerkennung von Scheinvaterschaften zwecks Aufenthaltssicherung von Ausländern – Neuer Anlauf des Gesetzgebers zur Missbrauchs Eindämmung, JAmt 2017, 487, 488.

<sup>3</sup> Siehe Stefan Keßler, Insa Graefe und Heiko Habbe, Das »Hau-Ab-Gesetz« und die Beratungspraxis, Asylmagazin 10–11/2017, S. 388–396.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10 – asyl.net: M21474, Asylmagazin 3/2014.

angehörigkeit anzusehen gewesen sei (Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG) und sie auch nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen sonstigen Verlust der Staatsangehörigkeit genügt habe (Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG).<sup>5</sup>

Das BVerfG beließ es aber nicht dabei und hob zugleich mahndend hervor, dass es

»[v]erfassungsrechtlich nicht hinzunehmen sei [...] [durch] unnötig weit gefasste Anfechtungsvoraussetzungen [...] nicht verheiratete, ausländische oder binationale Elternpaare, die keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, generell dem Verdacht [auszusetzen], die Vaterschaftsanerkennung allein aus aufenthaltsrechtlichen Gründen vorgenommen zu haben«.<sup>6</sup>

Auch konnte das BVerfG im Dezember 2013 aufgrund der geringen Zahlen von einschlägigen Fällen keine besondere Dringlichkeit erkennen, aufenthaltsrechtlich motivierte Vaterschaftsanerkennungen zu bekämpfen. Es nennt in seinem Beschluss für den Zeitraum von einem Jahr (April 2003 bis April 2004) eine Zahl von 1.694 Aufenthaltstiteln, die an unverheiratete ausländische Mütter eines deutschen Kindes erteilt wurden.<sup>7</sup>

Dieser Beschluss des Bundesverfassungsgerichts muss als Ausgangspunkt der neuen gesetzlichen Regelungen um die missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen gesehen werden. Zwar war auch letztes Jahr immer noch keine besondere Dringlichkeit für eine Gesetzesänderung im Hau-Ruck-Verfahren erkennbar: So schätzte das Bundesinnenministerium die Zahl der bundesweiten Fälle auf mehrere Tausend pro Jahr, die Bundesregierung musste 2017 aber auf eine Kleine Anfrage zugeben, dass »keine belastbaren Erkenntnisse« über die tatsächlichen Fallzahlen vorlägen.<sup>8</sup> Allerdings wollte der Gesetzgeber diesen Dorn entfernen und tat dies, indem er die Normen des § 1597a BGB sowie des § 85a AufenthG an dem Beschluss des BVerfG aus dem Jahre 2013 entlang schrieb.

Da das BVerfG den Wegfall (sei es durch Entzug oder durch sonstigen Verlust) der deutschen Staatsangehörigkeit des bereits anerkannten Kindes für verfassungswidrig erklärt hatte, wurde mit den nunmehr in Kraft getretenen Regelungen ein präventiver Ansatz zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen gewählt. Wird vermutet, dass die Anerkennung gezielt gerade zu dem Zweck erfolgt sei, Aufenthaltsrechte zu vermitteln, soll die Anerkennung bereits im Vorfeld mithilfe einer Überprüfung durch die Ausländerbehörde verhindert werden. Damit sollen die an die Vaterschaftsanerkennung

anknüpfenden statusrechtlichen Folgen gar nicht erst entstehen.<sup>9</sup>

### III. Präventive Prüfung der Vaterschaftsanerkennung

Das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht führte ein neues Verfahren ein, das in vermeintlichen Missbrauchsfällen, in denen eine Vaterschaftsanerkennung lediglich aus dem Grunde erfolgen soll, um aufenthaltsrechtliche Vorteile für eine der beteiligten Personen zu schaffen, die Beurkundung der Vaterschaftsanerkennungen verhindern will.

Es wurde ein zweistufiges Verfahren geregelt, welches im ersten Schritt die Aussetzung der Beurkundung und die Mitteilung an die Ausländerbehörde vorsieht und dann im zweiten Schritt die Prüfung und gegebenenfalls Feststellung der Missbräuchlichkeit der Vaterschaftsanerkennung durch die Ausländerbehörde oder die Auslandsvertretung.

#### 1. Aussetzung des Beurkundungsverfahrens

Der neu in das BGB eingefügte § 1597a Abs. 1 verbietet »missbräuchliche« Vaterschaftsanerkennungen.

##### § 1597a Abs. 1 BGB

Die Vaterschaft darf nicht gezielt gerade zu dem Zweck anerkannt werden, die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes, des Anerkennenden oder der Mutter zu schaffen, auch nicht, um die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes durch den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes nach § 4 Absatz 1 oder Absatz 3 Satz 1 des Staatsangehörigkeitgesetzes zu schaffen (missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft).

Um solche Anerkennungen zu verhindern, sollen Urkundspersonen (Notarinnen<sup>10</sup> und Jugendamtsmitarbeiterinnen) das Verfahren zur Vaterschaftsanerkennung

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, a. a. O. (Fn. 4) – Leitsätze.

<sup>6</sup> Ebd., Rn. 109.

<sup>7</sup> Ebd., Rn. 71.

<sup>8</sup> Antwort der Bundesregierung vom 12.7.2017 auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 18/13097.

<sup>9</sup> Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/12415, S. 16; Rundschreiben des Bundesinnenministeriums und des Bundesjustizministeriums zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017 (im Folgenden: Rundschreiben BMI/BMJV) – asyl.net: M26484, Rn. 0.6, S. 3.

<sup>10</sup> Die Verwendung der weiblichen Form ist als geschlechtsneutral zu verstehen.

aussetzen, wenn »konkrete Anhaltspunkte« für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft bestehen (§ 1597a Abs. 2 BGB). Die konkreten Anzeichen für Missbrauch werden als Regelbeispiele aufgeführt:

### § 1597a Abs. 2 S. 2 BGB

Ein Anzeichen für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte ist insbesondere:

1. das Bestehen einer vollziehbaren Ausreisepflicht des Anerkennenden oder der Mutter oder des Kindes,
2. wenn der Anerkennende oder die Mutter oder das Kind einen Asylantrag gestellt hat und die Staatsangehörigkeit eines sicheren Herkunftsstaates nach § 29a des Asylgesetzes besitzt,
3. das Fehlen von persönlichen Beziehungen zwischen dem Anerkennenden und der Mutter oder dem Kind,
4. der Verdacht, dass der Anerkennende bereits mehrfach die Vaterschaft von Kindern verschiedener ausländischer Mütter anerkannt hat und jeweils die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder der Mutter durch die Anerkennung geschaffen hat, auch wenn das Kind durch die Anerkennung die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat, oder
5. der Verdacht, dass dem Anerkennenden oder der Mutter ein Vermögensvorteil für die Anerkennung der Vaterschaft oder die Zustimmung hierzu gewährt oder versprochen worden ist.

Da es sich um Regelbeispiele handelt (»insbesondere«), sind diese weder abschließend noch zwingend für die Annahme von konkreten Anhaltspunkten für eine missbräuchliche Anerkennung. Es ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob konkrete Anhaltspunkte vorliegen. Der Urkundsperson bleibt demnach ein Beurteilungsspielraum. Laut einem Rundschreiben der Bundesministerien für Inneres und für Justiz zu den Neuregelungen soll beispielsweise als weiteres Anzeichen für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte gelten, dass Kindesmutter und Anerkennender nicht in der Lage sind, sprachlich miteinander zu kommunizieren. Auch der Umstand, dass der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Anerkennenden und der Mutter von dem Ort abweicht, an dem die Beurkundung der Vaterschaft vorgenommen werden soll, kann laut diesem Rundschreiben eine weitergehende Prüfung indizieren.<sup>11</sup>

In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das ministerielle Rundschreiben unver-

bindlich ist. Die Hinweise haben nicht den Charakter von Verwaltungsvorschriften. Es stellt sich zudem die Frage nach der Zuständigkeit des Bundesinnenministeriums im Hinblick auf die Auslegung von familienrechtlichen Vorschriften nach dem BGB.

Die gesetzlich aufgelisteten Anhaltspunkte für einen Verdacht auf missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung sind vielfältig und weit gefasst. Wie sich die Betroffenen von dem Verdacht befreien können, ist gesetzlich nicht geregelt. § 1597a Abs. 5 BGB sieht lediglich vor, dass eine leibliche Vaterschaft nicht missbräuchlich ist. Dieser als einziger wörtlich im Tatbestand aufgenommene »Exkulpationsgrund« lässt befürchten, dass die Ausländerbehörden künftig regelmäßig Abstammungsgutachten anfordern werden, um zur Schutzwürdigkeit zu gelangen. Dabei droht der weiterhin intendierte<sup>12</sup> und vom Bundesverfassungsgericht zwingend vorgegebene Schutz der sozialen Vaterschaft<sup>13</sup> zu kurz zu kommen. Äußerst problematisch ist hierbei, dass die Einholung eines vorgeburtlichen Abstammungsgutachtens in Deutschland verboten ist (§ 15 Abs. 1 GenDG, § 17 Abs. 6 GenDG). Damit können die Beteiligten den sie in diesem Fall treffenden »Generalverdacht« nicht ausräumen und ihnen bleiben so die mit einer vorgeburtlichen Anerkennung der Vaterschaft verbundenen Vorteile verwehrt.<sup>14</sup>

Beabsichtigt die Urkundsperson, das Verfahren auszusetzen und der Ausländerbehörde vorzulegen, sind zunächst der Anerkennende und die Kindesmutter anzuhören (§ 1597a Abs. 2 S. 1 am Ende BGB). Eine Fristenregelung ist nicht geschaffen worden und auch die Folgen einer fehlenden Anhörung sind nicht geregelt worden.

Setzt die Urkundsperson das Beurkundungsverfahren aus, hat eine Meldung an die Beteiligten, also das Standesamt und die Ausländerbehörde, zu ergehen (§ 1597a Abs. 2 Sätze 3, 4 BGB). Die Ausländerbehörde muss dann nach § 85a AufenthG die endgültige Feststellung treffen, ob die Vaterschaftsanerkennung missbräuchlich ist. Eine »missbräuchliche« Anerkennung darf nicht beurkundet werden (§ 1597a Abs. 2 S. 4 BGB). Die Aussetzung durch die Urkundsperson löst eine Sperrwirkung für jede andere Beurkundungsstelle aus (§ 1597a Abs. 3 BGB).

## 2. Prüfung der Vaterschaftsanerkennung

Neben der Neuregelung im BGB wurde mit § 85a im Aufenthaltsgesetz ein verwaltungsrechtliches Prüfverfahren eingeführt, mit dem die zuständige Ausländerbehörde in Verdachtsfällen feststellt, ob eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft im Sinne des § 1597a Abs. 1 BGB vorliegt.

<sup>12</sup> Siehe Gesetzesbegründung: BT-Drs. 18/12415, S. 15 f.

<sup>13</sup> BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 195.

<sup>14</sup> Stern, a. a. O. (Fn. 2), S. 740, 741; Knittel, a. a. O. (Fn. 2), S. 487, 488.

<sup>11</sup> Rundschreiben BMI/BMJV, a. a. O. (Fn. 9), Rn. 1.2.0, S. 6.

Das Prüfprogramm ist hierbei ein anderes als es für die Urkundsperson im oben beschriebenen Rahmen vorgesehen ist. Auch die aufenthaltsrechtliche Norm bedient sich an Regelbeispielen, die eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung indizieren sollen. Diese sind etwas weiter gefasst als die im BGB für die Aussetzung genannten konkreten Anhaltspunkte.

### § 85a Abs. 2 AufenthG

Eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft wird regelmäßig vermutet, wenn

1. der Anerkennende erklärt, dass seine Anerkennung gezielt gerade einem Zweck im Sinne von § 1597a Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dient,
  2. die Mutter erklärt, dass ihre Zustimmung gezielt gerade einem Zweck im Sinne von § 1597a Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dient,
  3. der Anerkennende bereits mehrfach die Vaterschaft von Kindern verschiedener ausländischer Mütter anerkannt hat und jeweils die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder der Mutter durch die Anerkennung geschaffen hat, auch wenn das Kind durch die Anerkennung die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat,
  4. dem Anerkennenden oder der Mutter ein Vermögensvorteil für die Anerkennung der Vaterschaft oder die Zustimmung hierzu gewährt oder versprochen worden ist
- und die Erlangung der rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes, des Anerkennenden oder der Mutter ohne die Anerkennung der Vaterschaft und die Zustimmung hierzu nicht zu erwarten ist.

Sowohl die Gesetzesbegründung als auch das Rundschreiben des BMI/BMJV nennen als weitere Umstände, welche den Missbrauch begründen können: Fehlende persönliche Kontakte zwischen den Eltern, fehlende Verständigungsmöglichkeiten, fehlende Kontakte zum Kind und die Anerkennung als einzige Möglichkeit der Aufenthalts-sicherung, jeweils verstärkt durch die Mittellosigkeit des Anerkennenden.<sup>15</sup>

Liegen Abweichungen von der Regelvermutung vor, so bleibt die Behörde in der Ermittlungspflicht. Das Verfahren nach § 85a AufenthG endet mit rechtsmittelfähigem Bescheid, der die missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung feststellt oder mit dem Einstellungsbescheid, falls

kein Missbrauch festgestellt wurde (§ 85a Abs. 1 Sätze 2 und 3 AufenthG). Die Beteiligten und die Beurkundungsstelle werden hierüber informiert (§ 85 Abs. 3 AufenthG).

### 3. Aufenthaltsrechtlicher Status und Rechtsschutz

In § 60a Abs. 2 S. 13 AufenthG wurde ein neuer Duldungsgrund aufgenommen, welcher die Anwesenheit der betroffenen Personen im Bundesgebiet während des laufenden Prüfverfahrens sicherstellen soll. Der Duldungsanspruch kann aber von kurzer Dauer sein, wenn die Behörde zügig die Missbräuchlichkeit per Bescheid feststellt.

Denn verfahrensrechtlich wurde § 84 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 AufenthG eingeführt, welcher regelt, dass der Widerspruch und die Klage gegen die Feststellung der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung keine aufschiebende Wirkung haben. In diesem Zusammenhang ist § 60a Abs. 2 S. 13 am Ende AufenthG zu beachten. Hiernach endet der Duldungsgrund bereits mit der vollziehbaren Entscheidung der Ausländerbehörde zur Vaterschaftsanerkennung. Das heißt, dass kein Duldungsanspruch mehr für die Betroffenen besteht, sobald der Feststellungsbescheid ergeht. Stellt die Ausländerbehörde sodann die Ausreisepflicht der betroffenen Person fest oder besteht diese bereits, dann ist sie ab diesem Zeitpunkt vollziehbar, sodass eine Abschiebung drohen kann.

#### Hinweis für die Beratungspraxis

Um möglichst umfassenden Rechtsschutz für die betroffene Person zu gewährleisten, sollte nach ergangener Feststellung einer (vermeintlich) missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung neben dem Widerspruch – gegebenenfalls unter Fristsetzung – ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Abs. 4 VwGO und Erteilung einer Duldung gemäß § 60a Abs. 2 S. 13 AufenthG bei der Ausländerbehörde gestellt werden.

Wird dieser negativ beschieden oder lässt die Behörde die Frist verstreichen, ohne tätig zu werden, empfiehlt es sich, einen Eilantrag beim Verwaltungsgericht auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Feststellungsbescheid zu stellen. Zudem sollte ein Antrag nach § 123 VwGO gestellt werden mit dem Ziel, der Ausländerbehörde vorläufig, bis zur Entscheidung in der Hauptsache, zu untersagen, aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen die betroffene Person zu ergreifen und die Ausländerbehörde zu verpflichten, der betroffenen Person eine Duldung gemäß § 60a Abs. 2 S. 13 AufenthG zu erteilen.

<sup>15</sup> BT-Drs. 18/12415, S. 21; Rundschreiben BMI/BMJV, a. a. O. (Fn. 9), S. 5 ff.

#### 4. Verfahrensrechtliche Probleme

Die konkrete Ausgestaltung der Aussetzung des Beurkundungsverfahrens durch die Urkundspersonen sowie des Feststellungsverfahrens der Ausländerbehörden wirft eine Vielzahl von Fragen auf. Dieser Beitrag richtet sein Augenmerk in erster Linie auf verfahrensrechtliche Fragestellungen, welche sich im Rahmen des Beurkundungs- und Feststellungsverfahrens ergeben und die voraussichtlich in der Beratungspraxis eine größere Bedeutung erlangen werden. In diesem Kontext sollen Handlungsmöglichkeiten für die betroffenen Personen und deren anwaltliche Bevollmächtigte oder Unterstützerinnen aufgezeigt werden.

Weitere wesentliche Fragestellungen, die hier nicht behandelt werden, sind ein möglicher Eingriff in die von Art. 12 GG garantierte Berufsfreiheit der Urkundspersonen, die Fragerechte der Urkundspersonen und deren Zulässigkeit, die Europarechtswidrigkeit der Vorschriften, mögliche Verstöße der Vorschriften gegen die Kinderrechtskonvention und der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG aufgrund der vorgeschriebenen Anknüpfung des Regelbeispiels in § 1597a Abs. 2 Nr. 2 BGB an die Staatsangehörigkeit und Herkunft bei Personen aus einem »sicheren« Herkunftsstaat.

##### a. Schutz sozialer Vaterschaft

Wie oben bereits erwähnt, ist es fraglich, wie der zu garantierende Schutz der sozialen Vaterschaft im Prüfverfahren bei Vaterschaftsanerkennungen gewährleistet werden soll. Der sozialen Vaterschaft, also der Elternrolle, die nicht auf biologischer oder rechtlicher Vaterschaft basiert, dürfte eine große praktische Bedeutung in den Verfahren der vorliegenden Art zukommen. Liegt eine soziale Vaterschaft vor und kann sie belegt werden, muss die Feststellung der Missbräuchlichkeit der Vaterschaftsanerkennung unterbleiben und die Vaterschaft beurkundet werden. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, wie dieser Schutz im Rahmen der Neuregelungen konkret gewährleistet wird und wie er sich in den Fällen der vorgeburtlichen Vaterschaftsanerkennungen ausgestaltet. Der besondere Schutz der beabsichtigten oder gelebten sozial-familiären Beziehung ist nämlich – anders als der Schutz der leiblichen Vaterschaft in § 1597a Abs. 5 BGB – nicht explizit im Wortlaut der Normen des § 1597a BGB oder § 85a AufenthG enthalten.

Aus den in § 85a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 AufenthG enthaltenen Verweisen auf § 1597a Abs. 1 BGB folgt aber, dass für die Annahme einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung feststehen muss, dass die Vaterschaft gezielt gerade zu dem Zweck erfolgen soll, die Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt einer ausländischen Person zu schaffen. Der Schutz der beabsichtigten oder gelebten sozial-familiären

Beziehung ist in der Formulierung »dient gezielt gerade dem Zweck« zu sehen. Denn liegt eine schützenswerte gelebte sozial-familiäre Beziehung vor, so dient die Vaterschaft eben nicht »gezielt gerade dem Zweck«, die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt der betroffenen Person zu ermöglichen, sondern der Vater-Kind-Beziehung und damit dem Kindeswohl. Bereits das erste Tatbestandsmerkmal der Vorschriften des § 1597a BGB und § 85a AufenthG ist in dem Fall nicht verwirklicht und sperrt damit dessen Anwendbarkeit. Dies deckt sich mit der Intention des Gesetzgebers<sup>16</sup> und trägt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechnung<sup>17</sup>.

Liegt eine schützenswerte soziale Vaterschaft vor, so darf die Behörde die Betroffenen nicht auf die Einholung eines Abstammungsgutachtens verweisen. Ob ein solches eingeholt wird, steht den Betroffenen in diesem Fall frei.<sup>18</sup>

##### b. Rücknahme des Antrags auf Anerkennung (vor Aussetzung)

Wie oben beschrieben hat die Urkundsperson bei Missbrauchsverdacht die Beteiligten anzuhören. Wird nach der Anhörung der Antrag auf Anerkennung zurückgenommen, löst dies keine Sperrwirkung nach § 1597a Abs. 3 BGB aus, denn diese ist ausdrücklich nur für den Fall der Aussetzung und der späteren Feststellung der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung vorgesehen. Einzelne Stimmen aus der Literatur behaupten zwar ohne nähere Begründung, dass der Antrag auf Beurkundung nicht zurückgenommen werden könne.<sup>19</sup> Das kann aber lediglich dann gelten, wenn die Aussetzungsentscheidung bereits getroffen wurde. Erfolgt die Rücknahme allerdings vor der Weiterleitung an die Ausländerbehörde, kann sie von der Beurkundungsstelle auch nicht ignoriert werden. Eine Mitteilung an die Ausländerbehörde wäre dann unzulässig, weil sie gegen die Verschwiegenheitspflicht verstößt.<sup>20</sup> Die Beteiligten können somit nach Rücknahme eines Antrags, der vor der Aussetzungsentscheidung ergeht, jederzeit einen erneuten Antrag auf Anerkennung der Vaterschaft stellen.

##### c. Folgen einer fehlenden Anhörung

Die Folgen einer fehlenden Anhörung sind nicht geregelt. Insbesondere stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob es für die Betroffenen noch möglich ist, den An-

<sup>16</sup> BT-Drs. 18/12415, S. 15f.

<sup>17</sup> BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 195.

<sup>18</sup> VG Berlin, Beschluss vom 13.7.2018 – 24 L 243.18 –, asyl.net: M26506.

<sup>19</sup> Balzer, Die Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen, NZFam 2018, S. 5, 6.

<sup>20</sup> Knittel, a. a. O. (Fn. 2), S. 339 ff.; Kaesling, Die Neuregelung der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung und das Wohl des Kindes, NJW 2017, S. 3686, 3687.

trag auf Beurkundung trotz erfolgter Aussetzung – aber unterlassener Anhörung – zurücknehmen zu können und gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt einen erneuten Beurkundungsantrag zu stellen.

Einem späteren Neuantrag auf Beurkundung steht aber der Wortlaut des § 1597a Abs. 3 BGB entgegen, welcher besagt, dass die Anerkennung nicht vor einer anderen Urkundsperson beurkundet werden kann, solange die Beurkundung ausgesetzt ist. Das Aussetzungsverfahren kann wiederum nur mit Bescheid der Ausländerbehörde (Einstellung des Verfahrens oder Feststellung der Missbräuchlichkeit) abgeschlossen werden. Hat die Urkundsperson das Verfahren auch ohne vorherige Anhörung der Beteiligten ausgesetzt, kann somit trotz Rücknahme des Beurkundungsantrags keine Neubeurkundung erfolgen, bis nicht die Ausländerbehörde ihre Entscheidung gemäß § 85a AufenthG getroffen hat.

Die (zumindest analoge) Anwendung des § 28 VwVfG<sup>21</sup> und dessen Rechtsfolgen bei Versäumung der Anhörung (formelle Rechtswidrigkeit und Heilungsmöglichkeiten nach §§ 45 f. VwVfG), eröffnen den Beteiligten »lediglich« die Möglichkeit, Einwendungen gegen die bestehenden Verdachtsmomente der Urkundsperson auch noch zu einem späteren Zeitpunkt nachzuholen.

### d. Rechtsmittel gegen Aussetzungsentscheidung

Die Aussetzungsentscheidung soll nicht mit Rechtsmitteln angreifbar sein, da es sich nicht um einen Verwaltungsakt, sondern ein behördeninternes Zwischenverfahren handelt.<sup>22</sup> Auch der Antrag an das Amtsgericht auf Vornahme der Amtshandlung nach § 49 PStG soll ausgeschlossen sein, weil das neue Präventivverfahren *lex specialis* (also eine Sondervorschrift, die dem allgemeinen Personenstandsrecht vorgeht) zu § 49 PStG sei.<sup>23</sup> Auch wenn dem im Ergebnis zuzustimmen ist, überzeugt diese Begründung nicht, denn der Gesetzgeber ist an höherrangiges Recht gebunden und er kann nicht losgelöst davon bestimmen, ob hier der Rechtsweg eröffnet ist. Ein amtliches Prüfverfahren der gerichtlichen Überprüfung zu entziehen, ist mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar. Außerdem wird die Möglichkeit, die Vornahme einer Amtstätigkeit durch eine Notarin nach § 15 Abs. 1 BNotO

beim Landgericht (§ 15 Abs. 2 BNotO) zu beantragen, dabei nicht mitgedacht.

Obwohl die Begründung nicht stichhaltig ist, ist im Ergebnis der Rechtsweg vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit nach ergangener Aussetzung durch die Urkundsperson, aber vor der Entscheidung der Ausländerbehörde, gemäß § 85a AufenthG nicht zu eröffnen.

Alles andere wäre nicht praktikabel. Denn das Verfahren vor dem Amts- bzw. Landgericht wäre immer dann gleich beendet, sobald die Ausländerbehörde die Entscheidung nach § 85a AufenthG trifft, welche wiederum der Überprüfung durch das Verwaltungsgericht zugänglich ist. Das Verfahren vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit wäre von der Entscheidung der Ausländerbehörde abhängig.

Zur Beschleunigung des Verfahrens im Sinne der durch die Aussetzungsentscheidung betroffenen Personen sollte ein Antrag auf Erlass eines Einstellungsbescheides nach § 85a Abs. 1 S. 3 AufenthG gestellt werden (siehe dazu III.5. f.). Erst wenn die Einstellungsentscheidung der Ausländerbehörde vorliegt, besteht die Möglichkeit eines Antrags auf Vornahme der Amtshandlung nach § 49 PStG bzw. § 15 BNotO.

### e. Bestimmtheit der Normen

Zwar führen die Normen des § 1597a BGB und des § 85a AufenthG teilweise die Kriterien auf, welche das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Beschluss vom Dezember 2013 als Regelbeispiele zur Einordnung von Missbrauchsfällen vorgab. Die Voraussetzungen für die Annahme sowohl von Aussetzungstatbeständen nach § 1597a BGB als auch der Feststellung von Missbrauchsfällen nach § 85a AufenthG stellen jedoch auf grob typisierende Umstände ab. Insbesondere Tatbestände wie der Besitz einer Duldung oder die Herkunft aus einem »sicheren« Herkunftsstaat lassen keine klare Abgrenzung zu den schutzwürdigen Fällen zu. Sie sind weiterhin unnötig weit gefasst.

Die neuen gesetzlichen Regelungen bestärken die Behörden, einen Generalverdacht zu hegen gegen nicht verheiratete, ausländische oder binationale Elternpaare, die keinen gemeinsamen Wohnsitz und kein gefestigtes Aufenthaltsrecht haben. Damit wird die diesbezügliche Mahnung des Bundesverfassungsgerichtes missachtet.<sup>24</sup> Auch bleibt weiterhin offen, wie der konkrete Schutz sozialer Vaterschaften ausgestaltet werden soll, denn auch hierfür wurden keine treffsicheren Kriterien entwickelt oder Normverweise geregelt.

Im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung der Entscheidungen nach § 1597a BGB bzw. § 85a AufenthG durch die Fachgerichte empfiehlt es sich, wegen der ver-

<sup>21</sup> Die analoge Anwendbarkeit des § 28 VwVfG, der das Recht der Beteiligten auf eine Anhörung im Verwaltungsverfahren garantiert, ist geboten als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken und als verfahrensspezifischer Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips sowie der betroffenen grundrechtlichen Garantien. Das Recht auf Anhörung gilt auch in Verwaltungsverfahren, die nicht auf den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet sind, in denen aber Tatsachen festgestellt werden, die von wesentlicher Bedeutung für den Erlass eines Verwaltungsaktes sein können, Ramsauer in Kopp/Ramsauer, 17. Aufl. 2016, § 28 Rn. 4a.

<sup>22</sup> Rundschreiben BMI/BMJV, a. a. O. (Fn. 9), Rn. 2.1.1.

<sup>23</sup> Ebd.

<sup>24</sup> BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 109; so auch Keßler, Graefe, Habbe, a. a. O. (Fn. 3), S. 388, 393.

fassungsrechtlichen Fragwürdigkeit der Normen die Vorlage an das BVerfG durch eine konkrete Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) zu beantragen.

Da dies jedoch für die Betroffenen keine kurzfristig zufriedenstellende Lösung bedeutet, gilt es für die Beratungspraxis weiterhin, sich intensiv mit den Indizien auseinanderzusetzen, die zu den Verdachtsmomenten für das Bestehen einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung geführt haben, und diese gegebenenfalls zu entkräften.

### *f. Untätigkeit der Ausländerbehörde nach Aussetzung*

Das Verfahren nach Aussetzung der Beurkundung durch die Urkundsperson ist lediglich in Grundzügen geregelt und lässt somit ein weiteres Anwendungsproblem für die betroffenen Personen befürchten. Ein Anspruch auf Entscheidung der Ausländerbehörde innerhalb angemessener Fristen ist nicht geregelt. Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Verfahren bei Untätigkeit der Ausländerbehörden schlicht liegen bleiben, was die betroffenen Familien erheblich belasten dürfte.

Der Rückgriff auf die analoge Anwendung von § 75 VwGO, um unzumutbare Verfahrensverzögerungen seitens der Behörde durch eine Untätigkeitsklage zu vermeiden,<sup>25</sup> ist nicht notwendig. Denn § 85 Abs. 1 S. 3 AufenthG sieht für den Fall, dass die Prüfung durch die Ausländerbehörde ergibt, dass keine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung vorliegt, eine Einstellungsentscheidung durch die Ausländerbehörde vor. Diese stellt einen positiven Verwaltungsakt für die betroffene Person dar. Gleich mit Ergehen der Aussetzungsentscheidung, spätestens bei fehlender Bearbeitung des Verfahrens durch die Ausländerbehörde, sollte demnach ein Antrag auf Erlass des Einstellungsbescheids bei der Ausländerbehörde gestellt werden. Ein späterer Verpflichtungsantrag beim Verwaltungsgericht, gegebenenfalls in Form der Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO, ist zulässig.

### *g. Vaterschaftsanerkennungen im Ausland*

Nach einer anderen Rechtsordnung wirksame Vaterschaftsanerkennungen führen zur Vaterschaft und sind von deutschen Behörden zu akzeptieren. Nach Art. 19 EGBGB richtet sich die Abstammung des Kindes nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes oder im Verhältnis zu jedem Elternteil nach dem Recht des Staates, dem dieser Elternteil angehört.

Der Bundesgerichtshof hat im Jahr 2017 entschieden, dass die rechtliche Vater-Kind-Zuordnung bereits zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes festzustellen ist. Da die

statusrechtliche Eltern-Kind-Zuordnung kraft Gesetzes erfolgt, sei diese bereits mit Erlangung der Rechtsfähigkeit durch das Kind festzustellen. Ist dem Kind schon bei der Geburt nach einer der von Art. 19 Abs. 1 EGBGB alternativ berufenen Rechtsordnungen nur ein Vater zugeordnet, so steht dieser jedenfalls grundsätzlich als rechtlicher Vater des Kindes fest.<sup>26</sup>

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit der Anerkennung in einem anderen Mitgliedstaat eines von Deutschland ratifizierten völkerrechtlichen Abkommens.<sup>27</sup> Aufgrund dieses Übereinkommens kann die Vaterschaftsanerkennung bei einer zugelassenen Urkundsbeamtin in Frankreich, Belgien, Griechenland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Portugal, Schweiz, Spanien und der Türkei beurkundet werden. Zwar ist Deutschland Mitte 2015 aus der Internationalen Kommission für das Zivilstandswesen (CIEC) ausgetreten, in dessen Rahmen das Abkommen vereinbart wurde. Allerdings bleiben Übereinkommen, die von Deutschland ratifiziert wurden, auch nach dem Austritt anwendbar.<sup>28</sup> Vaterschaften, die formgültig in einem jener Mitgliedstaaten anerkannt wurden, müssen demnach von deutschen Behörden beurkundet werden.

## **IV. Keine Versagung des Aufenthaltsrechts nach erfolgter Vaterschaftsanerkennung**

Mit den neuen Regelungen zur missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung kam ein neuer Wind in die Bestrebungen einzelner Ausländerbehörden, auch in den Fällen, in denen die Vaterschaften bereits beurkundet wurden, den Antrag auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zu versagen. Entsprechend werden die gesetzlichen Wertungen der § 1597a BGB und § 85a AufenthG auf solche Sachverhalte angewendet, in denen es sich nach dem Dafürhalten der Behörden um Missbrauchsfälle handelt.

Bereits vor dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht wurde vereinzelt versucht, den Ausschlussatbestand des § 27 Abs. 1a AufenthG hierfür zu bemühen. Dieser besagt, dass ein Familiennachzug nicht zugelassen wird, wenn feststeht, dass die Ehe oder das Verwandtschaftsverhältnis ausschließlich zu dem Zweck geschlossen oder begründet wurden, der nachziehenden Person die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen.

Die Anwendbarkeit dieser Norm auf Fälle vermeintlich missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen wurde

<sup>25</sup> So Keßler, Graefe, Habbe, a. a. O. (Fn. 3), S. 393.

<sup>26</sup> BGH, Beschluss vom 19.7.2017 – XII ZB 72/16, Rn. 19, 20.

<sup>27</sup> Übereinkommen über die Erweiterung der Zuständigkeit der Behörden, vor denen nichteheliche Kinder anerkannt werden können, vom 14.9.1961, BGBl. 1965 II, S. 1162.

<sup>28</sup> Kohler/Pintens, Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht 2014–2015, FamRZ 2015, S. 1537, 1545.

von der Rechtsprechung bislang mehrheitlich abgelehnt,<sup>29</sup> auch wenn das Bundesverwaltungsgericht hierüber noch nicht zu entscheiden hatte. Die Rechtsprechung, welche § 27 Abs. 1a AufenthG für anwendbar befand, führte zu allerlei Ergebnissen, die von der Versagung des Aufenthaltstitels nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG bei gleichzeitiger Gewährung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG bis hin zur bloßen Erteilung einer Duldung gemäß § 60a Abs. 2 AufenthG reichte.

Die gegenwärtigen Versuche der Ausländerbehörden, über die Vorschrift des § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG die Wertungen des § 85a AufenthG in das aufenthaltsrechtliche Verfahren einzuführen und den Antrag auf Erteilung der entsprechenden Aufenthaltserlaubnis zu versagen, sind rechtswidrig. Die Gründe gegen die Anwendbarkeit der Ausschlussnorm des § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG ergeben sich aus dem Wortlaut der Vorschrift (IV.1.), dem Regelungsziel des Gesetzgebers (IV.2.), daraus, dass spezialgesetzliche Regelungen bereits vorhanden sind (IV.3.), und daraus, dass sie dem Unionsrecht entgegensteht (IV.4.).

Der Ausschluss der Erteilung des Aufenthaltstitels an den drittstaatsangehörigen Elternteil tangiert Art. 6 GG und Art. 8 EMRK. Aus Art. 6 GG ergibt sich die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates zum Schutz der Familie, die den Grundrechtsträgerinnen einen Anspruch darauf gibt, dass die zuständigen Behörden und Gerichte bei der Entscheidung über das Aufenthaltsbegehren ihre familiären Bindungen an im Bundesgebiet lebende Personen angemessen berücksichtigen. Darüber hinaus liegt ein mittelbarer Eingriff in das Grundrecht des deutschen Kindes nach Art. 11 GG vor. Laut Bundesverwaltungsgericht dürfte auch dem deutschen Kind des betroffenen ausländischen Elternteils ein eigenes Klagerecht gegen den Bescheid zustehen.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> § 27 Abs. 1a AufenthG für anwendbar befindend: OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 6.3.2008 – 7 A 1127/07 – asyl.net: M13120; VG Oldenburg, Urteil vom 22.4.2009 – 11 A 389/08 – asyl.net: M15692; VG Stuttgart, Beschluss vom 24.7.2014 – 11 K 2194/11; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 4.11.2014 – 11 S 1886/14; VG Ansbach, Urteil vom 24.3.2016 – AN 5 K 14.00428; andere Ansicht: OVG Hamburg, Beschluss vom 24.10.2008 – 5 Bs 196/08 – asyl.net: M14354; VG Köln, Urteil vom 28.2.2011 – 5 K 8736/09; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 23.8.2012 – 18 A 537/11 – asyl.net: M20418; VGH Bayern, Beschluss, vom 20.10.2015 – 19 C 15.820 – asyl.net: M23559, Asylmagazin 3/2016; VG Aachen, Urteil vom 24.2.2016 – 8 K 247/14; VG Sigmaringen, Urteil vom 13.9.2016 – 3 K 5322/15; VG Düsseldorf, Urteil vom 7.12.2016 – 7 K 9434/16; VG Magdeburg, Urteil vom 31.3.2016 – 4 A 573/15 MD; VG Göttingen, Urteil vom 28.6.2017 – 1 A 241/16 – asyl.net: M25448; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.2.2018 – 2 L 45/16 – jeweils juris; auch: Müller, in Hofmann, Nomos-Kommentar Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 27 Rn. 20.

<sup>30</sup> Vgl. BVerwG, Beschluss vom 8.7.2011 – 1 B 8.08 –; Müller, a. a. O. (Fn. 29), § 27 Rn. 35; wobei im Einzelfall strittig ist, ob dem Kind auch ein volles Verpflichtungsrecht auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an den ausländischen Elternteil zukommt, so: VG Karlsruhe, Urteil vom 13.11.2014 – 2 K 1061/14 – oder lediglich ein Anfechtungsrecht auf Aufhebung des Bescheides, so: VGH Baden-Württemberg,

## 1. Wortlaut des § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG

Es sind zwei unterschiedliche Konstellationen voneinander zu unterscheiden: Zum einen der Fall, dass ein ausreisepflichtiger Mann die Vaterschaft anerkennt, die später zu einem Aufenthaltstitel führen soll. Oder die Konstellation, in der die leibliche Mutter den Familiennachzug zu ihrem deutschen Kind begehrt. Bei letzterer steht der Wortlaut des § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG seiner Anwendung bereits entgegen, denn der Ausschluss bezieht sich nur auf Verwandtschaftsverhältnisse die »begründet« werden. Das Verhältnis zwischen der leiblichen Mutter und ihrem Kind wird aber nicht »begründet«, sondern besteht von Gesetzes wegen nach § 1591 BGB (»Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.«).<sup>31</sup>

Auch eine analoge Anwendung von § 27 Abs. 1a AufenthG auf die ausländische Mutter, für deren Kind ein deutscher Staatsangehöriger die Vaterschaft »missbräuchlich« anerkannt hat, scheidet aus. Denn die Norm steht trotz ihres Wortlauts auch dem Anspruch eines ausländischen »Scheinvaters« auf einen Aufenthaltstitel nicht entgegen (siehe unten IV. 2., 3., 4.). Sie kann also auch einen Anspruch der Kindesmutter nicht ausschließen.<sup>32</sup>

## 2. Regelungsziel des Gesetzgebers

Auch nach dem Regelungsziel des Gesetzgebers sind »Scheinvaterschaften« nicht vom Anwendungsbereich des § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG umfasst. Mit diesem 2007<sup>33</sup> eingefügten Ausschlussstatbestand hat der Gesetzgeber Art. 16 Abs. 2 Bst. b der EU-Familienzusammenführungsrichtlinie<sup>34</sup> umgesetzt. Hiernach können die Mitgliedstaaten einen Antrag auf Einreise und Aufenthalt zum Zwecke der Familienzusammenführung ablehnen und den Aufenthaltstitel des Familienmitglieds entziehen oder seine Verlängerung verweigern, wenn feststeht, dass die Ehe oder Lebenspartnerschaft nur zu dem Zweck geschlossen bzw. die Adoption nur vorgenommen wurde, um der betreffenden Person die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den Aufenthalt in einem Mitgliedstaat zu ermöglichen. Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Wortlaut im Hinblick auf die Adoption abgeändert und von »Verwandtschaftsverhältnis« gesprochen.

Nach der Gesetzesbegründung sind sogenannte Scheinvaterschaften vom »Verwandtschaftsverhältnis« nicht umfasst.<sup>35</sup> In der Begründung heißt es:

Urteil vom 17.7.2015 – 11 S 164/15 – asyl.net: M23367, Asylmagazin 1-2/2016.

<sup>31</sup> VG Göttingen, Urteil vom 28.6.2017, a. a. O. (Fn. 29), Rn. 36.

<sup>32</sup> VG Aachen, Urteil vom 24.2.2016, a. a. O. (Fn. 29), Rn. 78.

<sup>33</sup> Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19. August 2007, BGBl. I S. 1970.

<sup>34</sup> EU-Familienzusammenführungsrichtlinie (Richtlinie 2003/86/EG) vom 22.9.2003 (FamZRL), abrufbar bei www.asyl.net unter »Recht/Gesetzestexte«.

<sup>35</sup> BT-Drs. 16/5065.

»Durch Absatz 1a Nr. 1 wird ausdrücklich ein Ausschlussgrund für den Familiennachzug im Falle einer Zweckehe oder Zweckadoption normiert. Damit entfällt der Anreiz, Zweckehen zu schließen oder Zweckadoptionen vorzunehmen. [...] Die Richtlinie 2003/86/EG [...] eröffnet in Artikel 16 Abs. 2b den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, einen Antrag auf Einreise und Aufenthalt zum Zwecke der Familienzusammenführung abzulehnen, wenn feststeht, dass die Ehe nur zu dem Zweck geschlossen wurde oder die Adoption nur vorgenommen wurde, um der betreffenden Person die Einreise zu ermöglichen. Die Regelung gilt auch für den Familiennachzug von Ehegatten zu Deutschen, da hier gleichfalls die Gefahr besteht, dass Zweckehen geschlossen werden; hinsichtlich der Zweckadoptionen entfaltet die Regelung ungeachtet der Frage der Anerkennungsfähigkeit der betreffenden Auslandsadoptionen Signalwirkung.«<sup>36</sup>

Nach dem Willen des Gesetz- und auch des Richtliniengabers sollen also von § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG lediglich sogenannte »Zweckehen« und »Zweckadoptionen« erfasst werden, sogenannte »Zweckvaterschaften« aber nicht.

Obwohl der deutsche Gesetzgeber bei Umsetzung der Richtlinie das weiter zu verstehende Wort des »Verwandtschaftsverhältnisses« benutzt hat, unter dem auch die »Zweckvaterschaft« subsumiert werden könnte<sup>37</sup>, begründet dies die Anwendbarkeit des § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG ebenfalls nicht, denn dieses Argument, lässt – abgesehen vom Wortlaut der Vorschrift (siehe oben IV. 1.) – die Entstehungsgeschichte der Norm außer Acht.<sup>38</sup> Zum Zeitpunkt der Einfügung des § 27 Abs. 1a in das AufenthG (im Jahr 2007), stand nämlich fest, dass missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen allein auf der Ebene des Familienrechts durch die Möglichkeit der Behördenanfechtung begegnet werden sollte. Dass das Bundesverfassungsgericht zwischenzeitlich die behördliche Vaterschaftsanfechtung für nichtig erklärt hat, rechtfertigt keine andere Bewertung. Denn die Nichtigkeitserklärung einer Vorschrift kann nur dann für die Auslegung einer anderen Vorschrift erheblich sein, wenn diese ansonsten nicht mehr rechtmäßig angewandt werden könnte. Das Argument, ein Gesetz bzw. eine Gesetzesbegründung, die übergeordneten Rechtsnormen widerspreche, könne nicht zur Auslegung eines anderen Gesetzes herangezogen werden,<sup>39</sup> verkennt die Argumentationslast. Denn da § 27 Abs. 1a AufenthG missbräuchliche Vaterschaftsanfechtungen nach der gesetzgeberischen Konzeption gar

nicht erst erfassen sollte, kann dies auch nicht nachträglich in die Norm hineininterpretiert werden, nur weil sich durch die Nichtigkeit eines anderen Gesetzes eine mögliche Regelungslücke aufgetan hat. Vielmehr würde eine Änderung der Auslegung des § 27 Abs. 1a AufenthG einer erneuten gesetzgeberischen Entscheidung bedürfen.<sup>40</sup>

### 3. Spezialgesetzliche Regelungen

Mit Einführung der Vorschriften des § 1597a BGB und § 85a AufenthG wurden zudem spezialgesetzliche Regelungen für Missbrauchstatbestände geschaffen, die ebenfalls gegen eine Anwendbarkeit der Norm des § 27 Abs. 1a AufenthG sprechen. Wie bereits ausgeführt, sieht das Gesetz kein Verfahren vor, wonach bei bereits erfolgter (vermeintlich missbräuchlicher) Vaterschaftsanerkennung der Familiennachzug zur stammberechtigten Referenzperson abgelehnt wird. Jene Fälle der missbräuchlichen Anerkennung von Vaterschaften werden spezialgesetzlich in § 85a AufenthG geregelt.

Ist ein Vorgehen nach § 85a AufenthG nicht mehr möglich, da die Vaterschaft bereits beurkundet wurde, kann nicht auf § 27 Abs. 1a AufenthG zurückgegriffen werden. Das ist mit der Gesetzessystematik unvereinbar. Wäre § 27 Abs. 1a AufenthG in diesen Fällen anwendbar, hätte es der Einführung von § 85a AufenthG nicht bedurft.

### 4. Entgegenstehendes Unionsrecht

Die Versagung der Erteilung eines Aufenthaltsrechts an Elternteile deutscher Kinder ist europarechtswidrig. Mit seiner »Zambrano«-Entscheidung urteilte der EuGH, dass Eltern von Kindern mit Unionsbürgerschaft ein Recht auf Aufenthalt haben, falls ihr Kind andernfalls faktisch gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen und dass das auch gilt, wenn diese Kinder Deutschland nie verlassen, also nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben.<sup>41</sup> Verwehrt man den Eltern des Kindes den Aufenthalt, so ist dies laut EuGH mit den Artikeln 20 und 21 AEUV unvereinbar.

Auch der von hiesigen Gerichten teilweise entgegengesetzte Verweis, dass deshalb der Kernbereich des Unionsrechts des Kindes durch die erzwungene Ausreise des drittstaatsangehörigen Elternteils nicht berührt sei, weil ja der deutsche Elternteil im Bundesgebiet verbleibe, sieht der EuGH differenzierter.<sup>42</sup> Das Recht des Kindes mit Unionsbürgerschaft ist nicht nur dann tangiert, wenn Kontakt ausschließlich zum drittstaatsangehörigen Elternteil

<sup>36</sup> BT-Drs. 16/5065, S. 170.

<sup>37</sup> So VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 4.11.2014, a. a. O. (Fn. 29), Rn. 17.

<sup>38</sup> VG Göttingen, Urteil vom 28.6.2017, a. a. O. (Fn. 29), Rn. 36.

<sup>39</sup> So VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 4.11.2014, a. a. O. (Fn. 29), Rn. 26.

<sup>40</sup> VG Aachen, Urteil vom 24.2.2016, a. a. O. (Fn. 29), Rn. 84.

<sup>41</sup> EuGH, Urteil vom 8.3.2011 – C-34/09, »Zambrano« – asyl.net: M18332, Asylmagazin 2011, S. 131.

<sup>42</sup> EuGH, Urteil vom 10.5.2017 – C-82/16, »Chavez-Vilchez« – asyl.net: M25020.

besteht, der das Unionsgebiet verlassen soll, sondern bereits dann, wenn zu diesem Elternteil ein tatsächliches »Abhängigkeitsverhältnis« besteht. Im Rahmen der Beurteilung, ob ein solches Abhängigkeitsverhältnis besteht, haben die zuständigen Behörden dem Recht auf Achtung des Familienlebens Rechnung zu tragen (Art. 7 GR-Charta) und laut Art. 24 Abs. 2 GR-Charta das Kindeswohl zu berücksichtigen.<sup>43</sup> Zu den Umständen des Einzelfalls, die im Interesse des Kindeswohls zu berücksichtigen sind, zählt insbesondere auch das Risiko, welches mit einer Trennung vom drittstaatsangehörigen Elternteil für das innere Gleichgewicht des Kindes verbunden ist.<sup>44</sup> Dabei ist Art. 24 Abs. 3 GR-Charta besonders hervorzuheben, denn die Vorschrift spricht jedem Kind einen Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen zu, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen. Art. 24 Abs. 3 GR-Charta erachtet das Recht des Kindes auf regelmäßigen Umgang mit beiden Elternteilen als für das Kindeswohl bedeutend. Geschützt sind demnach schon kurze Umgangskontakte, die nicht ohne Relevanz für das Kindeswohl sind. Diese begründen bereits ein Abhängigkeitsverhältnis.

Mit seiner »Chavez-Vilchez«-Entscheidung stellte der EuGH also klar, dass nicht nur die ein Kind mit Unionsbürgerschaft allein erziehende Drittstaatsangehörige, sondern auch diejenige Person sich auf Unionsrecht berufen kann, von der das Kind in der beschriebenen Weise »abhängig« ist.

Dies hat der EuGH nunmehr mit in seiner Entscheidung »K.A. und andere« bekräftigt.<sup>45</sup> Es verstößt demnach gegen Art. 20 AEUV, wenn ein Antrag auf Familienzusammenführung nicht bearbeitet bzw. abgelehnt wird, ohne zu prüfen, ob ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Unionsbürgerin und drittstaatsangehöriger Person besteht. Dabei ist es unerheblich, ob die Unionsbürgerin zuvor ihre Freizügigkeit in Anspruch genommen hat oder nicht.

Bei minderjährigen Unionsbürgerinnen ist zur Bestimmung des Abhängigkeitsverhältnisses das Kindeswohl des Art. 24 GR-Charta zu berücksichtigen, insbesondere Alter, körperliche und emotionale Entwicklung, Grad der affektiven Bindung an beide Elternteile und das Risiko für das innere Gleichgewicht des Kindes im Fall der Trennung von einem Elternteil.<sup>46</sup> Zur Feststellung eines Abhängigkeitsverhältnisses reicht zwar nicht allein das Bestehen einer biologischen oder rechtlichen familiären Bindung, es ist aber auch kein Zusammenleben erforderlich.<sup>47</sup>

Im Rahmen dieser Beurteilung haben die zuständigen Behörden dem Recht auf Achtung des Familienlebens Rechnung zu tragen, das in Art. 7 der Charta niedergelegt ist, wobei diese Vorschrift in Zusammenschau mit der Verpflichtung auszulegen ist, das in Art. 24 Abs. 2 GR-Charta anerkannte Kindeswohl zu berücksichtigen.<sup>48</sup> Als maßgebliche Normen zur Bestimmung des Abhängigkeitsverhältnisses eines minderjährigen Kindes zu seinem Elternteil zieht der EuGH also Art. 7 und 24 GR-Charta heran. Hiernach sind regelmäßige Beziehungen und direkte Kontakte des Kindes zu den Elternteilen geschützt und deren Ausfall ist als schädigend für das Kindeswohl anzusehen (Art. 24 Abs. 3 GR-Charta). Versagt somit ein Mitgliedstaat dem drittstaatsangehörigen Elternteil des Kindes mit Unionsbürgerschaft den Aufenthalt, zwingt dies das Kind faktisch, das Unionsgebiet zu verlassen. Bleibt dem Kind die Möglichkeit verwehrt, regelmäßige Beziehungen und direkten Kontakt zu seinem Elternteil, zu dem ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, im Unionsgebiet zu haben, ist dies schädlich für das Kindeswohl und verstößt gegen Art. 24 GR-Charta.

#### Hinweis für die Beratungspraxis

Es empfiehlt sich, nach bereits erfolgter Vaterschaftsanerkennung im behördlichen Verfahren folgende Anträge zu formulieren:

1. Die Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG rückwirkend ab Geburt des Kindes bzw. Antragstellung, hilfsweise
2. die Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG rückwirkend ab Geburt des Kindes bzw. Antragstellung, hilfsweise
3. die Erteilung einer Bescheinigung nach Art. 20 AEUV, hilfsweise
4. die Erteilung einer Aufenthaltskarte gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 FreizügigG/EU, hilfsweise
5. die Erteilung einer Aufenthaltskarte analog § 5 Abs. 1 Satz 1 FreizügigG/EU, hilfsweise
6. die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entsprechend § 4 Abs. 5 AufenthG.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> EuGH, Urteil »Chavez-Vilchez«, a. a. O. (Fn. 42).

<sup>44</sup> Ebd.

<sup>45</sup> EuGH, Urteil vom 8.5.2018 – C-82/16, »K. A. u. a.« – asyl.net: M26232, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 321, Rn. 71, 90.

<sup>46</sup> So auch jüngst BVerwG, Urteil vom 12.7.2018 – 1 C 16.17 –, asyl.net: M26496, Rn. 35.

<sup>47</sup> EuGH, Urteil »K. A. u. a.«, a. a. O. (Fn. 45), Rn. 72.

<sup>48</sup> EuGH, Urteil »Chavez-Vilchez«, a. a. O. (Fn. 41), Rn. 70.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 12.7.2018, a. a. O. (Fn. 46), Rn. 36.

## Beiträge

Im Ergebnis bedeutet dies: Jeder Elternteil eines Kindes mit Unionsbürgerschaft hat ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht, sofern dessen Aufenthalt im EU-Mitgliedstaat für das Kind nicht ohne jede Relevanz ist.<sup>50</sup>

### V. Fazit

Das neue präventive Verfahren zur Verhinderung der Beurkundung vermeintlich missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen wirkt in vielerlei Hinsicht undurchdacht. Es bietet keine ausreichenden Rechtsschutzmöglichkeiten für die Betroffenen und fördert durch seine unnötig weit gefassten Tatbestände und durch die fehlende Regelung von treffsicheren Abgrenzungskriterien den Generalverdacht gegen Nichtdeutsche, welche eine Vaterschaft beurkunden lassen wollen. Die möglichen Verstöße gegen höherrangiges Recht, die hier nur zum Teil behandelt wurden, werfen die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Normen und dessen Überprüfung auf.

Auch die Versuche, die Versagung des Aufenthaltsrechts nach einer bereits erfolgten Anerkennung einer Vaterschaft dadurch zu erreichen, dass die Wertungen des § 85a AufenthG über § 27 Abs. 1a AufenthG in das aufenthaltsrechtliche Verfahren eingebracht werden, sind insbesondere aufgrund der zitierten EuGH-Rechtsprechung rechtswidrig.

Bis die Rechtswidrigkeit dieser Versuche gerichtlich festgestellt wird, gilt für die Beratungspraxis sicherlich weiterhin, in gewohnter Manier mühselig und akribisch sämtliche Umstände der Einzelfälle zusammenzutragen, um dem gegen die Betroffenen erhobenen Generalverdacht zu begegnen.

---

<sup>50</sup> Thomas Oberhäuser, Deutsche Kinder: Europäisches Recht ermöglicht Zusammenleben mit beiden Eltern, ANA-ZAR 2017, S. 37 f. (mit weitergehenden Ausführungen zu den Folgen von Visumsverstößen und der Erfüllung von Ausweisungsgründen).

## Unsere Angebote

**ASYLMAGAZIN – Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht** Aktuelle Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration: Das Asylmagazin bietet Beiträge aus der Beratungspraxis und zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen, Rechtsprechung, Länderinformationen, Nachrichten sowie Hinweise auf Arbeitshilfen und Stellungnahmen.

Das Asylmagazin erscheint neunmal im Jahr und kann zum Preis von 62 € jährlich abonniert werden. Der Preis für ein zweites Abonnement beträgt 55 € jährlich. Weitere Informationen und ein Bestellformular finden Sie unter [www.asyl.net](http://www.asyl.net) und beim Verlag:

Von Loeper Literaturverlag im Ariadne Buchdienst  
Daimlerstr. 23, 76185 Karlsruhe  
E-Mail: [bestellservice@ariadne.de](mailto:bestellservice@ariadne.de)  
Internet: <https://www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/>

**www.asyl.net** Die Internetseite mit einer Rechtsprechungsdatenbank zum Flüchtlings- und Migrationsrecht sowie sachverwandten Rechtsgebieten, ausgewählter Rechtsprechung und Länderinformationen, Beiträgen aus dem ASYLMAGAZIN, Adressen, Gesetzestexten, Terminen, Arbeitsmitteln und Stellungnahmen. Nachrichten und Informationen über aktuelle Rechtsprechung können Sie zusätzlich über einen Newsletter erhalten.

**familie.asyl.net** Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und schutzberechtigten Personen.

**adressen.asyl.net** Bundesweite Datenbank mit Beratungsangeboten.

**www.fluechtlingshelfer.info** Die Internetseite mit Informationen für die ehrenamtliche Unterstützung von Flüchtlingen: Arbeitshilfen, Projekte, Links und Adressen.

**www.ecoi.net** Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern.

**Dokumenten- und Broschürenversand** Dokumente, die im ASYLMAGAZIN und bei [www.asyl.net](http://www.asyl.net) mit einer Bestellnummer genannt werden, können bei IBIS e.V. in Oldenburg bezogen werden (Bestellformular im ASYLMAGAZIN).

